



Mitwirkend: Oberrichter Peter Helm, Präsident, und Oberrichterin Dr. Helen Kneubühler Dienst, Handelsrichter Dr. Stephan Weber, Verena Preisig und Dr. Thomas Lörtscher sowie der Gerichtsschreiber Roman Kariya

Urteil vom 26. Februar 2015

in Sachen

A._____,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____ **AG**,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

"Die Beklagte sei unter dem ausdrücklichen Vorbehalt der Nachklage zu verpflichten, der Klägerin einen Betrag von CHF 136'496.95, nebst Zins von 5% seit dem 15. August 2012, zu bezahlen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten."

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Bei der Klägerin handelt es sich um eine im Handelsregister als Kollektivgesellschaft eingetragene Anwaltskanzlei mit Sitz in Zürich.

Die Beklagte ist eine im Handelsregister als Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich eingetragene Versicherungs- und Rückversicherungsgesellschaft, welche unter anderem Berufshaftpflichtversicherungen für Rechtsanwälte anbietet.

b. Prozessgegenstand

Die Klägerin war bis ins Jahr 2008 bei der Beklagten berufshaftpflichtversichert. Im Jahr 2009 liess Frau C._____ (nachfolgend: C._____) gerichtlich Schadenersatzansprüche aus Auftragsrecht gegen die Klägerin geltend machen. Die Klägerin fordert mit der vorliegenden Klage von der Beklagten die für jenen Prozess (zur Abwehr der Klage) aufgewendeten Kosten (nach Abzug des Selbstbehalts von CHF 100'000.–) in der Höhe von CHF 136'496.95.

B. Prozessverlauf

Die Klägerin liess am 15. August 2012 (Datum Poststempel) die vorliegende Klage einreichen (act. 1). Den von ihr mit Verfügung vom 16. August 2012 geforderten Vorschuss für die Gerichtskosten leistete sie fristgemäss (act. 6). Die Klageantwort vom 30. Oktober 2012 wurde innert angesetzter Frist eingereicht

(act. 7/1-2; act. 10). Nach Durchführung der Vergleichsverhandlung vom 18. Dezember 2012, anlässlich welcher keine Einigung zustande kam, wurde mit Verfügung vom 20. Dezember 2012 ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet (Prot. S. 6; act. 17). Nach mehrmaliger beantragter und stattgegebener Sistierung des vorliegenden Prozesses (Prot. S. 7 ff.), erstatteten die Parteien – nach aufgehobener Sistierung – innert der ihnen jeweils angesetzten Frist die Replik vom 13. Januar 2014 bzw. die Duplik vom 17. März 2014 (act. 49; act. 53). In der Folge liess die Klägerin mit Eingabe vom 3. April 2014 eine Stellungnahme zur Duplik einreichen (act. 57). Hierzu liess die Beklagte mit der Eingabe vom 5. Mai 2014 Stellung nehmen (act. 60). Letztere wurde mit Verfügung vom 6. Mai 2014 der Klägerin zugestellt (act. 61). Beide Parteien haben ausdrücklich auf die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung verzichtet (act. 68; act. 69).

C. Wesentliche Prozessklärungen der Parteien

Die Klägerin ist der Ansicht, dass es sich bei den im Prozess von C. _____ angewendeten Kosten (zur Abwehr der Klage) um einen Schadenfall handle, welcher unter den Versicherungsschutz der Berufshaftpflichtversicherung der Beklagten falle. Dabei erachtet die Klägerin beide (alternativen) Voraussetzungen gemäss Ziffer 2.22 der Allgemeinen Vertragsbedingungen als erfüllt. Die Beklagte habe ihr daher die Kosten in der Höhe von CHF 236'496.95, abzüglich des Selbstbehalts von CHF 100'000.–, somit CHF 136'496.95 zu bezahlen (act. 1 S. 4 ff.; act. 49 S. 3 ff.).

Die Beklagte hingegen vertritt die Meinung, dass die von der Klägerin geltend gemachten Kosten nicht zu übernehmen seien, da keine der beiden gemäss Ziffer 2.22 der Allgemeinen Vertragsbedingungen auslösenden Voraussetzungen erfüllt sei (act. 10 S. 6 ff.; act. 53 S. 5 ff.).

D. Beweisvorbringen der Parteien

Sowohl die Klägerin als auch die Beklagte offerierten ihre Beweismittel form- und fristgerecht, versehen mit je einem Beweismittelverzeichnis (act. 3/1-40; act. 11/A1-8; act. 50/1-2; act. 54/1-2).

Wie zu zeigen sein wird, ist ein Beweisverfahren nicht notwendig. Der Prozess erweist sich als spruchreif.

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Eintretensvoraussetzungen

Das Handelsgericht des Kantons Zürich ist für die vorliegende Klage sowohl örtlich als auch sachlich zuständig (Art. 10 Abs. 1 lit. b und Art. 6 Abs. 2 ZPO sowie § 44 lit. b GOG), was unbestritten ist (act. 1 S. 3 f.; act. 10 S. 5). Das Verfahren wurde mittels Klage gehörig eingeleitet (Art. 220 ZPO); ein Schlichtungsverfahren entfiel (Art. 198 lit. f ZPO). Vollmachten wurden beigebracht (act. 2; act. 9). Auch hat die Klägerin den von ihr geforderten Kostenvorschuss fristgerecht geleistet (Prot. S. 2; act. 6). Auf die Klage ist daher einzutreten (Art. 59 Abs. 1 ZPO).

1.2. Stellungnahmen der Parteien nach dem zweiten Schriftenwechsel

1.2.1. Die Klägerin liess zur erfolgten Duplik eine Stellungnahme datiert vom 3. April 2014 einreichen. Darin lässt sie auf angebliche neue Behauptungen in der Duplik hinweisen und weitere Ausführungen machen (act. 57 S. 2 ff.). Die Beklagte liess daraufhin ebenfalls eine Stellungnahme datiert vom 5. Mai 2014 einreichen, worin sie vorbringen lässt, dass es sich bei den von der Klägerin angesprochenen Themenbereichen um solche handle, die schon zuvor im Prozess Erwähnung gefunden hätten; sie seien von der Beklagten in der Duplik lediglich (nochmals) einer rechtlichen Würdigung unterzogen worden. Da es sich damit nicht um Noven handle, könne die Stellungnahme der Klägerin im Prozess keine Berücksichtigung finden (act. 60 S. 2).

1.2.2. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat jede Partei das Recht, zu jeder Eingabe der Gegenpartei innert nützlicher Frist Stellung zu nehmen (sog. Replikrecht). Das Replikrecht dient dabei einzig der Wahrung des rechtlichen Gehörs. Wie Tatsachenbehauptungen und Beweisanträge in den Pro-

zess einzuführen sind, wird dagegen von der Zivilprozessordnung abschliessend geregelt. Demnach tritt, nachdem ein zweites Mal plädiert werden konnte, der so genannte Aktenschluss ein. Aufgrund dessen können Noven, d.h. neue Behauptungen und neue Beweisanträge, nur noch unter den einschränkenden Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO vorgetragen werden.

Es kann vorliegend offenbleiben, ob es sich bei den angeblichen besonderen Fachkenntnissen von Rechtsanwalt D._____ um ein Novum handelt, da dieses Vorbringen – wie zu zeigen sein wird – für die Beurteilung ohnehin keine Berücksichtigung findet. Bei den übrigen Äusserungen in der Stellungnahme vom 3. April 2014 handelt es sich dagegen nicht um Noven, sondern – wie die Beklagte zutreffend ausführte – lediglich um erneute Ausführungen zu bereits Vorgebrachtem. Für die folgende Beurteilung finden die genannten Stellungnahmen daher keine Berücksichtigung.

2. Materielles

2.1. Unbestrittene Ausgangslage

Die Parteien sind sich einig, dass zwischen ihnen in der Zeit vom 1. Juli 1999 bis zum 30. November 2008 ein gültiger Berufshaftpflichtversicherungsvertrag bestand und die Allgemeinen Vertragsbedingungen (AVB, gültig ab 1. Januar 2001 [act. 3/23] bzw. gültig ab 1. Januar 2005 [act. 3/24]) Vertragsbestandteil geworden sind (act. 1 S. 4 ff.; act. 10 S. 6 ff.; act. 49 S. 3 ff.; act. 53 S. 5 ff.).

2.2. Anspruchsgrundlage

Die Klägerin stützt ihre Forderung auf AVB Ziffer 2.22, gültig ab 1. Januar 2001 bzw. ab 1. Januar 2005. Ihrer Meinung nach handelt es sich bei den von ihr im Prozess gegen C._____ aufgewendeten Kosten (zur Abwehr der Klage) um ein Schadenereignis, welches von der Beklagten zu decken sei (act. 1 S. 4 ff.; act. 49 S. 3 ff.).

Die einschlägigen Bestimmungen in den AVB Ziffer 2, Haftpflichtversicherung, unter dem Titel "Zeitlicher Geltungsbereich", welche sowohl in der ab 1. Januar 2001

als auch ab 1. Januar 2005 gültigen Fassung denselben Wortlaut haben (vgl. act. 3/23 bzw. act. 3/24), lauten wie folgt:

" [...]

2

Haftpflichtversicherung

[...]

Zeitlicher Geltungsbereich

- ²¹ Die Versicherung ist gültig für Schäden, für welche während der Vertragsdauer Ansprüche gegen einen Versicherten erhoben werden.
- ²² Als Zeitpunkt, in welchem ein Anspruch aus einem Schadenereignis gegen einen Versicherten erhoben wird, gilt derjenige, in welchem
- ein Versicherter erstmals von einem Geschädigten mündlich oder schriftlich die Mitteilung erhält, dass ein unter diese Versicherung fallender Schadenersatzanspruch gestellt werde, oder
 - ein Versicherter von Umständen Kenntnis erhält, nach welchen damit gerechnet werden muss, dass ein solcher Anspruch erhoben werde.

[...]"

Die Klägerin erachtet beide unter AVB Ziffer 2.22 aufgeführten (alternativen) Voraussetzungen als erfüllt (act. 1 S. 17 ff.; act. 49 S. 7 ff.), was in der Folge zu prüfen ist.

2.3. AVB Ziffer 2.22, erster Einzug

2.3.1. Unbestrittener relevanter Sachverhalt

Es ist unbestritten, dass C._____ ihre Ansprüche gegenüber Rechtsanwalt D._____, welcher per 31. August 2003 aus der klägerischen Kollektivgesellschaft ausgetreten ist, ab Juni 2007 mehrfach mündlich und schliesslich schriftlich mit Schreiben von Rechtsanwalt E._____ vom 25. November 2008 erheben liess. Die Beklagte hat in ihrer Klageantwort anfänglich zwar die mehrfachen mündlichen Mitteilungen ab Juni 2007 an Rechtsanwalt D._____ mit Nichtwissen bestritten, diesen Sachverhalt in der Duplik jedoch selber ihren rechtlichen Ausführungen zugrunde gelegt (act. 1 S. 4 ff.; act. 10 S. 6 ff.; act. 49 S. 3 ff.; act. 53 S. 5 ff.). Aufgrund dessen gilt dieser Sachverhalt als anerkannt, wobei darauf hinzuweisen

ist, dass die mehrfachen mündlichen Mitteilungen – wie zu zeigen sein wird – ohnehin auf das Ergebnis der Beurteilung keinen entscheidenden Einfluss haben.

2.3.2. Standpunkte der Parteien

Die Klägerin ist der Ansicht, dass die gegenüber Rechtsanwalt D._____ ergangenen mündlichen Mitteilungen im Juni 2007 sowie die schriftliche Mitteilung vom 25. November 2008 trotz seines Austritts aus der klägerischen Kollektivgesellschaft per 31. August 2003 eine wirksame Anspruchserhebung gemäss AVB Ziffer 2.22, erster Einzug, darstellten. Als Begründung liess sie im Wesentlichen ausführen, dass aufgrund der AVB Ziffern 2.1 bis 2.6 die einzelnen Gesellschafter ohnehin als Gesellschafter der Klägerin (als Personengesellschaft) in Rechten und Pflichten der Klägerin als Versicherungsnehmerin gleichgestellt seien. Dabei sei die Klägerin nicht nur Versicherungsnehmerin, sondern auch "Versicherte" gewesen. Folglich sei daher auch der ihr in Rechten und Pflichten gleichgestellte Rechtsanwalt D._____ als solcher anzusehen. An dieser Eigenschaft habe auch das Ausscheiden von Rechtsanwalt D._____ aus der klägerischen Kollektivgesellschaft nichts geändert; jedenfalls nicht, soweit es um die Deckung eines Haftpflichtanspruchs gehe, der sich aus einer gesetzlichen Haftpflicht aus der Tätigkeit des "Versicherten" für den versicherten schweizerischen und liechtensteinischen Betrieb ergebe (subsidiäre Haftung). Überdies enthalte AVB Ziffer 2.1, dritter Absatz, keine zeitliche Einschränkung der Eigenschaft "Gesellschafter". Als ehemaliger Gesellschafter habe Rechtsanwalt D._____ daher immer noch mittelbaren Versicherungsschutz genossen, womit er wertungsmässig und bezüglich des in Frage stehenden Schadenfalls noch immer als Versicherter in der Berufshaftpflichtpolice der Beklagten zu betrachten sei. Ausserdem bedeute die Beibehaltung eines vor Versicherungsvertragsende ausscheidenden Gesellschafters als "Versicherten" für den Versicherer auch keine Ausdehnung des Risikos, vor dem er legitimerweise geschützt werden müsse. Würde die Eigenschaft als "Versicherter" mit dem Ausscheiden als Gesellschafter auch für jene Haftpflichtansprüche entfallen, welche aus der Tätigkeit für den versicherten Betrieb entstanden sind, hätte dies absurde, ungewollte und unfaire Folgen. Er könnte dann nämlich von einem ehemaligen Klienten mit der Behauptung, es habe ein Einzel-

mandat und nicht ein Kanzleimandat vorgelegen, in Anspruch genommen werden. In einem solchen Fall würde er dann aber, weil er nicht mehr Gesellschafter wäre und damit auch nicht mehr als versicherte Person gelten könnte, ohne Deckung dastehen. Er hätte dann nicht einmal mehr Anspruch auf die Deckung der Abwehrkosten, selbst wenn vom ehemaligen Klienten richtigerweise nicht er persönlich, sondern die noch immer versicherte Kollektivgesellschaft in Anspruch zu nehmen wäre. Diese formalistische Ansicht könne nicht dem nach Vertrauensprinzip ermittelten Sinn der relevanten Vertragsbestimmung entsprechen. Dabei liess die Klägerin sowohl auf das von ihr in Auftrag gegebene Privat-Gutachten von Prof. Dr. F._____ (vgl. act. 3/39) als auch auf das Urteil des Oberlandesgerichts München vom 8. Mai 2009 verweisen, worin die Klägerin unter Hinweis auf den Sinn und Zweck des Claims-made-Prinzips ihre Auffassung bestätigt sieht, dass es wertungsmässig nur von untergeordneter Bedeutung sei, wem gegenüber die Anspruchserhebung erfolge und ob der Versicherer selbst davon Kenntnis erhalte. Weiter liess die Klägerin ausführen, dass es im Übrigen der Praxis der Berufshaftpflichtversicherer in der Schweiz bei sog. Kanzleipolicen, – d.h. wenn eine Personengesellschaft Versicherungsnehmerin sei – entspreche, dass ausgeschiedene Gesellschafter oder Mitarbeiter für die während der Zeit ihrer Gesellschaftszugehörigkeit bzw. Anstellung bei der ehemaligen Anwaltskanzlei verursachten Schadenfälle weiterhin über die Police dieser Personengesellschaft versichert blieben, sofern die Versicherungspolice derselben weitergeführt und der Anspruch während der Vertragsdauer der Kanzleipolice erhoben werde (act. 1 S. 17 ff.; act. 49 S. 12 ff.).

Die Beklagte ist demgegenüber der Auffassung, dass Rechtsanwalt D._____ nach seinem Austritt aus der klägerischen Kollektivgesellschaft per 31. August 2003 nicht mehr zum Kreis der Versicherten gehört habe und folglich in der Mitteilung an Rechtsanwalt D._____ auch keine wirksame Anspruchserhebung zu erblicken sei. Hierzu liess die Beklagte im Wesentlichen ausführen, dass die rechtliche Wirkung des Austritts von Rechtsanwalt D._____ aus der klägerischen Kollektivgesellschaft unmittelbar – d.h. am 1. September 2003 – eingetreten sei. Es treffe nicht zu, dass Rechtsanwalt D._____ trotz seines Ausscheidens aus der Kollektivgesellschaft der Klägerin als ehemaliger Gesellschafter infolge seiner ge-

setzlichen subsidiären Haftung für Ansprüche gegen die Klägerin mittelbaren Versicherungsschutz genossen habe. Auch werde bestritten, dass die von der Klägerin aufgestellte Behauptung der bestehenden Praxis unter den Versicherern bestehe. Da die Vertretungsbefugnis und die Wissenszurechnung mit dem Austritt von Rechtsanwalt D._____ aus der klägerischen Kollektivgesellschaft geendet habe, sei in der Mitteilung vom 25. November 2008 an Rechtsanwalt D._____ auch keine den Versicherungsfall auslösende Anspruchserhebung erfolgt. Nach Meinung der Beklagten sei diese Ansicht nicht formalistisch, sondern stehe im Einklang mit dem Wesen des Anspruchserhebungsprinzips und des klaren Wortlauts von AVB Ziffer 2.22, erster Einzug. Zur Unterstützung ihrer Meinung liess die Beklagte ihrerseits auf das von ihr in Auftrag gegebene Privat-Gutachten von Prof. Dr. G._____ (vgl. act. 3/40) verweisen (act. 10 S. 27 ff.; act. 53 S. 30 ff.).

2.3.3. Relevante Fragestellung

Entscheidende Frage ist vorliegend, ob durch die mündlichen Mitteilungen ab Juni 2007 sowie die schriftliche Mitteilung vom 25. November 2008 an Rechtsanwalt D._____ eine den Versicherungsfall auslösende Anspruchserhebung gemäss AVB Ziffer 2.22, erster Einzug, erfolgt ist.

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass sich Ausführungen hinsichtlich der unbestritten erfolgten Anspruchserhebung gegenüber der Klägerin mit Schreiben von Rechtsanwalt E._____ vom 9. Januar 2009 erübrigen. Denn die Parteien sind sich darüber einig, dass gemäss den AVB eine den Versicherungsfall auslösende Anspruchserhebung jeweils während laufender Versicherungsdauer zu erfolgen hat, womit das genannte Schreiben an die Klägerin ohnehin als verspätet gilt (act. 1 S. 10 ff.; act. 10 S. 31; act. 49 S. 13; act. 53 S. 9).

2.3.4. Rechtliches und Subsumtion

2.3.4.1. Die Klägerin will die einschlägige AVB Ziffer 2.22, erster Einzug, nicht nach ihrem Wortlaut, sondern umfassender, insbesondere nach Sinn und Zweck der Bestimmung verstanden wissen. Aufgrund dessen ist die genannte Ziffer im Folgenden einer Auslegung zu unterziehen.

Der Inhalt eines Vertrags bestimmt sich in erster Linie durch subjektive Auslegung, das heisst nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen (Art. 18 Abs. 1 OR; Tatfrage). Nur wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (Rechtsfrage). Der Vorrang der subjektiven vor der objektivierten (normativen) Vertragsauslegung ergibt sich aus Art. 18 OR als Auslegungsregel. Bei der Auslegung bildet der Wortlaut das primäre Auslegungsmittel. Bei der Auslegung nach dem Wortlaut kommt dem Sinngehalt des Wortes, den ihm der allgemeine Sprachgebrauch zulegt, entscheidende Bedeutung zu. Denn mangels anderer Anhaltspunkte ist anzunehmen, dass die Parteien ein von ihnen verwendetes Wort gemäss dem allgemeinen Sprachgebrauch zur Zeit des Vertragsabschlusses, somit im Sinne der damaligen Alltags- oder Umgangssprache, verwendet haben (Urteil des Bundesgerichts 5C.87/2002 vom 24. Oktober 2002 E. 2.2 ff.). Im Rahmen der grammatikalischen Auslegung ist auch das systematische Element zu berücksichtigen. Ein einzelner Ausdruck ist im Zusammenhang, in dem er steht, als Teil eines Ganzen aufzufassen. Auch wenn der Wortlaut für sich allein nicht als entscheidend anzusehen ist, kommt ihm doch im Verhältnis zu den ergänzenden Mitteln der klare, entscheidende Vorrang zu: Immer dann, wenn die übrigen Auslegungsmittel, insbesondere der Vertragszweck, nicht sicher einen anderen Schluss erlauben, hat es beim Wortlaut sein Bewenden (Urteil des Bundesgerichts 5C.87/2002 vom 24. Oktober 2002 E. 2.2 ff.). Für eine Auslegung sind im Weiteren die Umstände mit zu berücksichtigen, die den Parteien bei Vertragsschluss bekannt oder erkennbar waren. Es ist somit der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses massgebend, weshalb bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nachträgliches Partieverhalten nicht von Bedeutung ist. Später eintretende Umstände – wie das nachträgliche Verhalten der Parteien – lassen dagegen erkennen, wie sie selbst den Vertrag seinerzeit gemeint bzw. ihre Erklärungen tatsächlich verstanden hatten. Das ergibt den wirklichen, nicht den hypothetischen Parteiwillen und ist deshalb eine tatsächliche Feststellung (BGE 107 II 417 E. 6; BGE 129 III 675 E. 2.3).

2.3.4.2. Da die Parteien über den Sinn und Zweck der besagten Bestimmung keinen übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen behaupten, und in der Regel auch nicht zu beweisen vermöchten, ist diesbezüglich im Folgenden eine objektivierte Vertragsauslegung (Rechtsfrage) vorzunehmen.

Auszugehen ist vom Wortlaut und der logischen Abfolge der einschlägigen Bestimmungen. Demnach ist gemäss AVB Ziffer 2.21 die Versicherung gültig für Schäden, für welche während der Vertragsdauer Ansprüche gegen einen Versicherten erhoben werden. Nach AVB Ziffer 2.22, erster Einzug, gilt als Zeitpunkt, in welchem ein Anspruch aus einem Schadenereignis gegen einen Versicherten erhoben wird, derjenige, in welchem ein Versicherter erstmals von einem Geschädigten mündlich oder schriftlich die Mitteilung erhält, dass ein unter diese Versicherung fallender Schadenersatzanspruch gestellt werde. Ist der Versicherungsnehmer eine Personengesellschaft (z.B. Kollektivgesellschaft) [...], sind ihm die Gesellschafter [...] in Rechten und Pflichten gleichgestellt. Näheres zur Kollektivgesellschaft, insbesondere ab wann und unter welchen Umständen jemand als Gesellschafter gilt, lässt sich den AVB nicht entnehmen. Der Lehre und Rechtsprechung folgend ist daher zur Schliessung einer Vertragslücke dispositives Recht heranzuziehen (vgl. BGE 107 II 144 E. 3, 115 II 484 E. 4), womit die gesetzlichen Bestimmungen zur Kollektivgesellschaft (Art. 552 ff. OR) Anwendung finden. Demgemäss endet mit dem Austritt des Kollektivgesellschafters aus der Kollektivgesellschaft dessen Gesellschafter-Stellung (Art. 576 OR) und damit seine Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse (vgl. dazu HANDSCHIN/CHOU, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, 4. Teil, Zürich 2009, Art. 576 N 35).

Diesen Bestimmungen lässt sich entnehmen, dass ein ausgetretener Gesellschafter ab dem Zeitpunkt seines Austritts nicht mehr als Versicherter gilt. Im Weiteren geht aus dem unmissverständlichen Wortlaut von AVB Ziffer 2.22, erster Einzug, hervor, dass eine Anspruchserhebung gegenüber einem Versicherten erfolgen muss. Dabei ist es – entgegen der Ansicht der Klägerin – nicht als formalistisch zu bezeichnen, wenn man sich an diesen Wortlaut hält. Denn die Anspruchserhebung gegenüber einem Versicherten lässt sich auch dem Sinn und Zweck der ge-

nannten Bestimmungen entnehmen. So ist der Versicherte gemäss AVB Ziffer 1.24 gehalten, den Versicherer umgehend über eine Anspruchserhebung zu orientieren, womit dem Versicherer eine vernünftige Kalkulation der zu erwartenden Kosten ermöglicht wird. Dass AVB Ziffer 1.24 als "blosse" Obliegenheit ausgestaltet ist, ist nicht von Belang. Entscheidend ist nämlich, dass diese Bestimmung keinen Sinn machen würde, käme es bei AVB Ziffer 2.22, erster Einzug, nicht darauf an, dass der Versicherte von einer entsprechenden Anspruchserhebung auch tatsächlich selber Kenntnis erhalten würde. Dieser Auffassung steht auch AVB Ziffer 2.22, zweiter Einzug, keineswegs entgegen. Denn auch bei AVB Ziffer 2.22, zweiter Einzug, hat der Versicherte den Versicherer umgehend über eine Anspruchserhebung zu orientieren, weshalb es auch bei dieser Voraussetzung darauf ankommt, dass der Versicherte überhaupt Kenntnis von einer Anspruchserhebung erhält. Die Kenntnisnahme des Versicherten ist deshalb bei beiden Voraussetzungen nach AVB Ziffer 2.22 unabdingbar.

Auch mit ihren weiteren Vorbringen bezüglich der Abkehr vom klaren Wortlaut von AVB Ziffer 2.22, erster Einzug, vermag die Klägerin nicht zu überzeugen. Dass nämlich ein mittelbarer Versicherungsschutz über den Austritt eines Gesellschafters hinaus bestehen bleiben soll, lässt sich auch aus der gesetzlichen subsidiären Haftung eines Kollektivgesellschafters nicht herleiten. Zumal die Beklagte als Zivilpartei – ohne entsprechende gesetzliche Grundlage – nicht über eine vertragliche Vereinbarung hinaus verpflichtet werden kann. Dies gilt ebenfalls dann, wenn – wie die Klägerin ausführen liess – die Beibehaltung eines vor Versicherungsvertragsende ausscheidenden Gesellschafters als "Versicherten" keine Ausdehnung des Risikos für die Beklagte darstellen mag. Ebenso der Einwand, wonach AVB Ziffer 2.1, dritter Absatz, keine zeitliche Einschränkung der Eigenschaft "Gesellschafter" enthalte, ist unbehelflich, lässt sich – wie erwähnt – aus den gesetzlichen Bestimmungen zur Kollektivgesellschaft doch die Dauer ohne Weiteres ermitteln. Des weiteren ist die Klägerin mit ihrer blossen Behauptung nicht zu hören, wonach es Praxis der Berufshaftpflichtversicherer sei, dass auch nach Austritt eines Gesellschafters unter gewissen Umständen der Versicherungsschutz weiterbestehen bleibe. Denn zum einen behauptet die Beklagte nicht, dass es der Praxis der Beklagten entsprechen soll. Und zum anderen ver-

möchte eine allfällige entsprechende Praxis anderer Berufshaftpflichtversicherer bei der Beklagten ohnehin keine weitergehenden Pflichten zu bewirken. Schliesslich zielen auch die klägerischen Überlegungen hinsichtlich der Erwägungen zum Claims-made-Prinzip im Urteil des Oberlandesgerichts München ins Leere. Dies deshalb, weil im betreffenden Urteil – wie die Beklagte überzeugend ausführen liess – ebenfalls auf die Ausgleichung allfälliger negativen Folgen des Claims-made-Prinzips mittels entsprechender Vermögensschadenhaftpflichtprodukte hingewiesen wurde, wofür in der Schweiz ebenso Möglichkeiten bestehen. Unter diesen Umständen erweist sich damit die entsprechende Kritik der Klägerin bezüglich des Claims-made-Prinzips denn auch als unbegründet. Aufgrund des Ausgeführten hinsichtlich des Sinn und Zwecks, und da auch sonst keine anderen Auslegungsmittel einen anderen Schluss erlauben, hat es damit beim Wortlaut der genannten Bestimmungen sein Bewenden.

Damit endete mit dem Austritt von Rechtsanwalt D._____ aus der klägerischen Kollektivgesellschaft per 31. August 2003 seine Stellung als Kollektivgesellschaftler, womit er auch aus dem Kreis der Versicherten ausschied. Die mündlichen Mitteilungen ab Juni 2007 sowie die schriftliche Mitteilung vom 25. November 2008 an Rechtsanwalt D._____ erfolgten daher nicht gegenüber einem Versicherten, wie dies gemäss AVB Ziffer 2.22, erster Einzug, erforderlich gewesen wäre. Da die Gesellschafter-Stellung demzufolge per 31. August 2003 endete und damit auch seine Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse, vermag die klägerische Kollektivgesellschaft überdies auch aus der Kenntnisnahme der mündlichen Mitteilungen ab Juni 2007 sowie der schriftlichen Mitteilung vom 25. November 2008 durch Rechtsanwalt D._____ nichts zu ihren Gunsten abzuleiten.

2.3.5. Fazit

Aufgrund des Ausgeführten ist durch die mündlichen Mitteilungen ab Juni 2007 sowie die schriftliche Mitteilung vom 25. November 2008 an Rechtsanwalt D._____ keine den Versicherungsfall auslösende Anspruchserhebung gemäss AVB Ziffer 2.22, erster Einzug, erfolgt. Die nach Ablauf der Versicherungsdauer ergangene Mitteilung vom 9. Januar 2009 an die Klägerin erfolgte zu spät.

2.4. AVB Ziffer 2.22, zweiter Einzug

2.4.1. Unbestrittener relevanter Sachverhalt

Die Parteien sind sich einig, dass der zwischen ihnen in der Zeit vom 1. Juli 1999 bis zum 30. November 2008 gültige Berufshaftpflichtversicherungsvertrag bis zum Austritt von Rechtsanwalt D._____ per 31. August 2003 auch für diesen Wirkung entfaltete, und er in dieser Zeit (1. Juli 1999 bis zum 31. August 2003) damit zum Kreis der Versicherten gehörte (act. 1 S. 20; act. 10 S. 22; act. 49 S. 21; act. 53 S. 15).

2.4.2. Parteivorbringen

Die Klägerin liess im Wesentlichen vorbringen, dass sich aus dem "Request of Arbitration" vom 16. Mai 2002 ergebe, dass die im "Principal Agreement" fehlende Saldoklausel eine zentrale Rolle in der Argumentation der Anwälte von C._____ gespielt habe. Aufgrund dessen habe Rechtsanwalt D._____ als Gesellschafter der Klägerin bereits aufgrund der Schreiben des Rechtsanwalts von H._____ vom 12., 17. und 19. Oktober 2001, spätestens aber nach dem Eingang der "Request of Arbitration" im Mai 2002, damit rechnen müssen, dass C._____ bei einem negativen Ausgang des Schiedsgerichtsverfahrens Schadenersatzansprüche gegen den sie beim Abschluss des "Principal Agreement" beratenden bzw. vertretenden Anwalt bzw. gegen die Klägerin als ihre Vertragspartnerin erheben und ihnen in tatsächlicher wie rechtlicher Hinsicht vorwerfen könnte, sie sei durch die Formulierungen im "Principal Agreement" und insbesondere wegen des Verzichts auf eine Saldoklausel nicht vertragsgemäss und in dem von ihr angestrebten Masse geschützt worden. Denn C._____ sei es beim Abschluss des "Principal Agreement" vom 20./23. September 1999 darum gegangen, mit H._____ eine abschliessende Lösung zu treffen. Dass die Schwelle, ab wann mit einer Inanspruchnahme zu rechnen ist, nicht zu hoch anzusetzen sei, sieht die Klägerin auch mit der im Gutachten von Prof. Dr. F._____ ausgeführten deutschen Lehre zur Entstehung sekundärer Hinweispflichten im deutschen Anwaltsrecht bestätigt. Zudem sieht die Klägerin für ihre Auffassung im Urteil des Bundesgerichts vom 11. Januar 2012 (5C.237/2001), worin das Anspruchserhebungsprinzip zur Beurteilung stand, –

angesichts der angeblichen Parallelen zum vorliegenden Fall – die geeignete Stütze. Im Weiteren liess die Klägerin ausführen, dass es bei der Beurteilung nicht darauf ankomme, ob Rechtsanwalt D._____ tatsächlich damit gerechnet habe, dass C._____ als Klientin der Klägerin diesen Vorwurf erheben und daraus Ersatzansprüche ableiten würde. Denn die Parteien seien übereinstimmend und zu Recht davon ausgegangen, dass für die Beurteilung, ob in einem bestimmten Zeitpunkt aufgrund der bekannten Umstände mit einer Anspruchserhebung gerechnet werden müsse, ein objektiver Massstab einer vernünftigen und korrekten Person mit den im betreffenden Beruf üblichen Fähigkeiten und Kenntnissen angelegt werden müsse. Es könne daher für die Beurteilung der Wahrscheinlichkeit einer Inanspruchnahme nicht auf das subjektive Empfinden des konkreten Versicherten ankommen (act. 1 S. 21; act. 49 S. 21 ff.).

Die Beklagte dagegen liess im Wesentlichen ausführen, dass das blosses Bewusstsein einer möglichen Pflichtverletzung für eine wirksame Anspruchserhebung nicht genüge. Der Versicherte müsse vielmehr auf irgendeine Weise von aussen Hinweise erhalten, wonach eine Inanspruchnahme ernsthaft zu erwarten sei. Solange eine derartige Kenntnis von Umständen nicht vorliege, liege kein deckungsrelevanter Sachverhalt vor, womit der Versicherte auch keine Veranlassung habe, einen Schadenfall anzumelden. Mit der Formulierung "damit gerechnet werden muss, dass ein solcher Anspruch erhoben wird" sei AVB Ziffer 2.22, zweiter Einzug, objektiviert worden. Danach sei zu fragen, ob ein vernünftiger und korrekter Dritter in den Schuhen des Versicherten mit einer Anspruchserhebung habe rechnen müssen. Es werde Gewissheit oder zumindest hohe Wahrscheinlichkeit verlangt, dass mit einer Anspruchserhebung gerechnet werde. Denn für die Formulierung sei bewusst "müssen" und nicht "können" gewählt worden. Die Konsequenz sei, dass die Schwelle für "müssen" weit höher liege als für "können". Weiter liess die Beklagte darauf hinweisen, dass die Frage, ob Rechtsanwalt D._____ in der damaligen Zeitphase mit einer (späteren) Inanspruchnahme von C._____ habe rechnen müssen, allein auf der Grundlage der damals bekannten Umstände zu beantworten sei. Eine Post-hoc-Betrachtung verbiete sich. Daher dürften all diejenigen Erkenntnisse, die erst im Nachhinein haben gewonnen werden können, bei der Beurteilung nicht berücksichtigt werden. Hinsichtlich den

von der Klägerin vorgebrachten sekundären Hinweispflichten nach der deutschen Lehre bestritt die Beklagte deren Anwendung im vorliegenden Fall. Und auch bezüglich des von der Klägerin zitierten Bundesgerichtsentscheid vom 11. Januar 2012 (5C.237/2001) äusserte sich die Beklagte dahingehend, dass der darin zu beurteilende Sachverhalt nicht mit dem vorliegenden Fall zu vergleichen sei (act. 10 S. 9 ff.; act. 53 S. 7 ff.).

2.4.3. Relevante Fragestellung

Da sich die Klägerin auf die Schreiben vom 12., 17. und 19. Oktober 2001 sowie die "Request of Arbitration" im Mai 2002 beschränkt, ist die entscheidende Frage, ob Rechtsanwalt D._____ aufgrund dieser Umstände damit rechnen musste, dass C._____ Schadenersatzansprüche gegen die Klägerin erheben würde.

2.4.4. Rechtliches und Subsumtion

2.4.4.1. Beide Parteien berufen sich für die Frage, ob Rechtsanwalt D._____ mit einer Anspruchserhebung rechnen musste, auf die einschlägige AVB Ziffer 2.22, zweiter Einzug. Da hinsichtlich der Bedeutung und Tragweite dieser Bestimmung unterschiedliche Auffassungen bestehen, ist die genannte Ziffer im Folgenden einer Auslegung zu unterziehen. Hinsichtlich der theoretischen Ausführungen zur Auslegung ist an dieser Stelle auf die vorstehende Erwägung 2.3.4.1. zu verweisen.

2.4.4.2. Die Parteien sind sich einig, dass bei der Auslegung von AVB Ziffer 2.22, zweiter Einzug, von einer objektivierten Betrachtungsweise auszugehen ist. Das heisst, dass für die Beurteilung, ob in einem bestimmten Zeitpunkt aufgrund der bekannten Umstände mit einer Anspruchserhebung gerechnet werden muss, ein objektiver Massstab einer vernünftigen Person mit der im betreffenden Beruf üblichen Fähigkeiten und Kenntnissen angelegt werden muss (act. 49 S. 21; act. 53 S. 22).

2.4.4.3. Entsprechend dem Wortlaut von AVB Ziffer 2.22, zweiter Einzug, gilt als Zeitpunkt, in welchem ein Anspruch aus einem Schadenereignis gegen einen Versicherten erhoben wird, derjenige, in welchem ein Versicherter von Umstän-

den Kenntnis erhält, nach welchen damit gerechnet werden muss, dass ein solcher Anspruch erhoben werde. Die Beklagte konnte überzeugend darlegen, dass die Wortwahl "rechnen mit" klar darauf hindeutet, dass eine blosser Möglichkeit, wonach unter Umständen Ansprüche erhoben werden könnten, für eine wirksame Anspruchserhebung im Rahmen des Claims-made-Prinzips nicht zu genügen vermöchte. Der Begriff "rechnen mit" wird sowohl nach dem allgemeinen Sprachverständnis als auch nach Duden nicht im Zusammenhang mit vagen Möglichkeiten gebraucht, sondern im Zusammenhang mit Umständen, die erwarten bzw. vorhersehen lassen, dass etwas geschehen wird. "Rechnen mit" wird auch im Sinne von "vertrauen auf" oder "sich darauf verlassen", dass etwas Erwartetes eintritt, verwendet (vgl. Duden, Bedeutungswörterbuch, 4. Aufl., S. 750 f.). Augenfällig ist zudem, dass in der entsprechenden Ziffer "müssen" und nicht "können" steht. Die Formulierung "rechnen muss" zeigt daher zusätzlich, dass die Schwelle für eine wirksame Anspruchserhebung nicht zu tief anzusetzen ist; eine spekulativ im Raum stehende theoretische Möglichkeit genügt nicht. Der Wortlaut deutet somit darauf hin, dass derart konkrete Anhaltspunkte für eine Anspruchserhebung vorliegen müssen, dass für einen vernünftigen Versicherten die zu erhebenden Schadenersatzansprüche mit genügender Bestimmtheit absehbar sind; was etwa dann der Fall sein dürfte, wenn gegenüber dem Versicherten um eine Verjährungsverzichtserklärung ersucht wird. Ab diesem Zeitpunkt erachtet es denn auch ein vernünftiger Versicherter für notwendig, den Versicherer gemäss AVB Ziffer 1.24 über eine bevorstehende Anspruchserhebung zu informieren.

Die Obliegenheit gemäss AVB Ziffer 1.24, nämlich die unverzügliche Benachrichtigung des Versicherers nach Eintritt eines Schadenfalles, macht zudem deutlich, dass es auch dem Sinn und Zweck von AVB Ziffer 2.22, zweiter Einzug, entspricht, dass konkrete Anhaltspunkte für eine Anspruchserhebung bestehen müssen. Wäre nämlich die blosser Möglichkeit einer Anspruchserhebung ausreichend, würde dies für die Versicherten bedeuten, dass sie – wann immer die Möglichkeit einer Anspruchserhebung im Raum stünde – stets den Versicherer unverzüglich zu benachrichtigen hätten. Entsprechend wäre eine Benachrichtigung bereits dann angezeigt, wenn noch keine konkreten Anhaltspunkte für eine Anspruchserhebung vorhanden wären. Dies würde aber bedeuten, dass beim Versicherer un-

zählige Meldungen über mögliche Anspruchserhebungen eingingen, wovon es bei einem Grossteil aber gar nie zu einer (tatsächlichen) Anspruchserhebung kommen würde. Es liegt auf der Hand, dass ein solches Vorgehen nicht im Interesse des Versicherers an einer vernünftigen Kalkulation der zu erwartenden Kosten sein kann. Es wäre aber auch nicht im Interesse der Versicherten, den Versicherer nur schon bei der (geringsten) Möglichkeit, dass ein Anspruch aus einem Schadenereignis erhoben werden könnte, benachrichtigen zu müssen.

Auch die systematische Auslegung ergibt, dass die blossе Möglichkeit einer Anspruchserhebung dem Erfordernis von AVB Ziffer 2.22, zweiter Einzug, nicht genügt. Bei der Auslegung von AVB Ziffer 2.22, zweiter Einzug, ist nämlich AVB Ziffer 2.21 zu beachten, worin das Claims-made-Prinzip festgehalten wird. Demnach ist die Versicherung für Schäden gültig, für welche während der Vertragsdauer Ansprüche gegen einen Versicherten erhoben werden. Mit der Bestimmung von AVB Ziffer 2.22, zweiter Einzug, wurde das in AVB Ziffer 2.21 festgehaltene Claims-made-Prinzip modifiziert. Es handelt sich bei AVB Ziffer 2.22, zweiter Einzug, also nicht um eine Ausnahme von AVB Ziffer 2.21, sondern um deren Konkretisierung. Entsprechend ist AVB Ziffer 2.22, zweiter Einzug, so auszulegen, dass es AVB Ziffer 2.21 nicht widerspricht. Somit muss auch bei AVB Ziffer 2.22, zweiter Einzug, die tatsächliche Anspruchserhebung gegen einen Versicherten während der Vertragsdauer im Vordergrund stehen, was dafür spricht, dass konkrete Anhaltspunkte für eine Anspruchserhebung vorliegen müssen.

Damit genügt die blossе Möglichkeit, dass je nach Ausgang eines anderen Prozesses die unterliegende Partei ihre Ansprüche regressweise gegenüber dem Versicherten erheben könnte, dem Erfordernis von AVB Ziffer 2.22, zweiter Einzug, nicht. An dieser Auffassung vermag auch der von der Klägerin zitierte Bundesgerichtsentscheid (5C.237/2001) nichts zu ändern. Wie die Beklagte nämlich überzeugend darlegte, ist im Urteil der Chambre civile de la Cour de justice, worauf sich der genannte Bundesgerichtsentscheid bezieht, der erforderliche Umstand, "nach welchem damit gerechnet werden muss, dass ein Schadenersatzanspruch erhoben werde", darin zu erblicken, dass die Nachmieter am 22. Mai 1993 und damit noch während der Versicherungsdauer (Beendigung des betreffenden

Versicherungsvertrages am 9. Juni 1993) gegenüber dem Liegenschaftenverwalter Mängel geltend gemacht haben. Da es sich dabei um erhebliche Mängel handelte, welche – anders als im vorliegenden Fall – nicht noch von unsicheren Umständen abhängig waren, kann nicht von derselben Ausgangslage gesprochen werden. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass mit dem genannten Bundesgerichtsentscheid das betreffende Urteil der Vorinstanz aufgehoben wurde, weil die entsprechenden AVB nicht als Vertragsbestandteil hätten erachtet werden dürfen. Es versteht sich dabei von selbst, dass die Klägerin mit ihren rein spekulativen Überlegungen, wie das Bundesgericht entschieden hätte, wenn die entsprechenden AVB Vertragsbestandteil geworden wären, nichts zu ihren Gunsten abzuleiten vermag. Schliesslich kann die Klägerin auch aus der deutschen Lehre zur Entstehung sekundärer Hinweispflichten nichts zu ihren Gunsten ableiten, ist dabei – abgesehen davon, dass es sich um eine in Deutschland entwickelte Lehre handelt – die Interessenlage im Vergleich zum hier zu beurteilenden Fall doch eine andere. Im hier zu beurteilenden Fall steht nämlich eine vernünftige Kalkulation der zu erwartenden Kosten durch den Versicherer und nicht ein möglicher Interessenkonflikt eines Anwalts mit seinem Klienten im Vordergrund.

Da – wie gezeigt – die Auslegung von AVB Ziffer 2.22, zweiter Einzug, zu einem eindeutigen Ergebnis führt, kommt die subsidiäre Unklarheitsregel, wonach die Unklarheiten zulasten des Verfassers der AGB gehen, nicht zum Zuge.

In der relevanten Zeitspanne lagen für Rechtsanwalt D._____ noch keine genügenden Anhaltspunkte dafür vor, dass eine Anspruchserhebung von C._____ erwartet werden musste. Dies deshalb, weil sowohl in den Schreiben des Rechtsanwalts von H._____ vom 12., 17. und 19. Oktober 2001 als auch der "Request of Arbitration" im Mai 2002 auf die fehlende Saldoklausel hingewiesen wurde, C._____ aber dennoch die Mandatsbeziehung zu Rechtsanwalt D._____ nicht auflöste, sondern ihn weiterhin mit der Wahrung ihrer Interessen als Parteivertreter für das weitere Schiedsverfahren beschäftigte. Dabei war ein Regressverfahren zum damaligen Zeitpunkt zwar nicht undenkbar, jedoch noch von mehreren unsicheren Umständen abhängig. So war noch offen, ob C._____ im betreffenden Schiedsverfahren überhaupt unterliegen würde, und erst recht war noch völlig un-

klar, ob sie denn überhaupt rechtliche Schritte gegen die Klägerin einleiten würde. Im Lichte dieser Ausführungen musste daher zu jenem Zeitpunkt ein vernünftiger Rechtsanwalt noch nicht mit einer Anspruchserhebung in der gemäss AVB Ziffer 2.22 erforderlichen Weise rechnen.

2.4.5. Fazit

Aufgrund dessen musste Rechtsanwalt D._____ aus objektiver Sicht im damaligen Zeitpunkt gestützt auf die Schreiben vom 12., 17. und 19. Oktober 2001 bzw. der "Request of Arbitration" im Mai 2002 nicht damit rechnen, dass C._____ Schadenersatzansprüche gegen die Klägerin erheben würde. Damit ist keine den Versicherungsfall auslösende Anspruchserhebung gemäss AVB Ziffer 2.22, zweiter Einzug, erfolgt. Eine Minderheit des Gerichts vertritt eine gegenteilige Meinung (act. 71).

Da es lediglich darauf ankommt, ob ein vernünftiger Rechtsanwalt als Versicherter damals mit einer Inanspruchnahme hätte rechnen müssen, ist das von Seiten der Klägerin offerierte Beweismittel der Zeugeneinvernahme von Rechtsanwalt D._____, welcher lediglich seine subjektive Einschätzung wiedergeben würde, für die diesbezügliche Beurteilung kein geeignetes Beweismittel, weshalb ein entsprechendes Beweisverfahren unterbleiben kann.

2.5. Ergebnis

Dies alles führt zur Abweisung der vorliegenden Klage.

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass bei diesem Ergebnis die von der Beklagten aufgeworfenen Frage, ob zwischen C._____ und der Klägerin bzw. Rechtsanwalt D._____ ein Kanzlei- oder Einzelmandat bestand (vgl. act. 10 S. 29 f.; act. 53 S. 35 ff.), offen gelassen werden kann.

3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Der Streitwert beträgt CHF 136'496.95. Die Gerichtskosten sind in Anwendung von Art. 96 ZPO i.V.m. § 4 Abs. 1 GebV OG auf CHF 13'000.– festzusetzen. Der

Klägerin sind als unterliegende Partei die Gerichtskosten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu decken (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

Ausserdem hat die Klägerin als unterliegende Partei der Beklagten eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 18'000.– zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1, Art. 105 Abs. 2 und Art. 96 ZPO i.V.m. §§ 4 Abs. 1 und 11 Abs. 1 und Abs. 2 AnwGebV). Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Parteientschädigung zuzusprechen, hat dies aufgrund der Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen (Vgl. Entscheid des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 19. Juli 2005, ZR 104 [2005] Nr. 76; SJZ 101 [2005] 531 ff.).

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 13'000.–.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Vorschuss gedeckt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 18'000.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, unter Beilage der abweichenden Meinung (act. 71), und an die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht.
6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 136'496.95.

Zürich, 26. Februar 2015

Handelsgericht des Kantons Zürich

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter Peter Helm

Roman Kariya